

VK Südbayern

Vorlage an BayObLG

Beschluss 12-04/02

Beschluss Verg 13/02 vom 03.07.2002

vom 06.05.2002

VK-Beschluss bestätigt

**Vollzug der Bayer. Nachprüfungsverordnung (BayNpV)
Nachprüfungsverfahren**

Leistung: Sammlung von Altglas, Sammlung, Sortierung, Verpressung und Vermarktung von Altpapier, Sammlung und Verpressung von Dosenschrott sowie den Tausch, die Reparatur und die Änderung von Altpapier- und Dosenschrottbehältern

Vergabeart: Offenes Verfahren nach VOL/A

Antragsgegnerin: Landkreis ...
Vertreten durch: Rechtsanwälte
Vergabestelle: Landratsamt ...

Vergabekammer: Südbayern
Vorsitzender: Franz Nikui
Hauptamtlicher Beisitzer: Wolfgang Friedl
Ehrenamtlicher Beisitzer: Dr. Christian Wenzler

Beigeladene: E GmbH
vertreten durch: Rechtsanwälte

Nachprüfungsantrag der Rechtsanwälte ... in Vertretung der W GmbH vom 02.04.2002

Die Regierung von Oberbayern - Vergabekammer Südbayern - erlässt folgenden

Beschluss:

1. Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin wird als unbegründet zurückgewiesen.
2. Die Antragstellerin hat die Kosten des Verfahrens zur $\frac{1}{2}$, die Antragsgegnerin und die Beigeladene zu jeweils $\frac{1}{4}$ zu tragen.
3. Für das Verfahren wird eine Gebühr i.H.v. 2.500,00 € festgesetzt. Die Antragsgegnerin ist von der Zahlung ihres Gebührenanteiles befreit. Auslagen sind nicht angefallen.
4. Die Zuziehung eines Bevollmächtigten durch die Antragstellerin und die Beigeladene wird für notwendig erklärt.
5. Die Zuziehung eines Bevollmächtigten durch die Antragsgegnerin wird für nicht notwendig erklärt.

Gründe

I. Sachverhalt:

Die Antragsgegnerin ist entsorgungspflichtige Körperschaft für in ihrem Gebiet anfallende Abfälle.

Zur Erfüllung dieser Aufgaben beabsichtigt sie, die Sammlung von Altglas, die Sammlung, Sortierung, Verpressung und Vermarktung von Altpapier, die Sammlung und Verpressung von Dosenschrott sowie den Tausch, die Reparatur und die Änderung von Altpapier- und Dosenschrottbehältern wieder an Dritte zu vergeben, da die bestehenden Verträge am 30.06.2002 auslaufen.

Das Landratsamt ... hat als bevollmächtigte Vergabestelle deshalb die o. g. Dienstleistung nach vorheriger öffentlicher Bekanntmachung im Supplement der Europäischen Gemeinschaften vom2002 als Offenes Verfahren nach VOL/A ausgeschrieben.

In der Bekanntmachung war im wesentlichen angegeben, dass die Verdingungsunterlagen bis zum 12.02.2002 bei der von der Vergabestelle für die Durchführung des Ausschreibungsverfahrens beauftragten GmbH (im folgenden XX genannt) angefordert werden könnten, dass eine Unterteilung der Leistung in Lose gemäß der in der Bekanntmachung genannten Aufteilung (Lose 1 - 4) vorgesehen und der Schlusstermin für die Angebotsabgabe der 05.03.2002 ist. Die Bieter sollten bis zum 31.05.2002 an ihre Angebote gebunden bleiben. Nebenangebote waren nur bei gleichzeitiger Abgabe eines Hauptangebotes zulässig, Änderungsvorschläge waren nicht zugelassen. Weiter wurde mitgeteilt, welche Mindestbedingungen bzw. Nachweise die Bieter zur Beurteilung ihrer Eignung vorzulegen haben. Die Fachkunde war dabei durch die Zertifizierung als „Entsorgungsfachbetrieb oder durch gleichwertige andere Nachweise“, die Zuverlässigkeit und Leistungsfähigkeit waren durch „Referenzen der letzten 3 Jahre“ sowie durch „Unternehmensangaben und vorhandene Einrichtungen“ zu belegen. Als Zuschlagskriterien waren der wirtschaftlichste Angebotspreis sowie nochmals die nachgewiesene Zuverlässigkeit, Fachkunde und Leistungsfähigkeit in fachlicher und technischer Hinsicht (z.B. Referenzen, Nachweise, vorhandene Einrichtungen) genannt. Bezüglich weiterer Ausführungen zu den Zuschlagskriterien wurde auf die Verdingungsunterlagen verwiesen. Als zuständige Stelle zur Prüfung von Vergabeverstößen war die Vergabekammer Südbayern angegeben.

In der Aufforderung zur Angebotsabgabe war angegeben, dass Angebote für ein Los, für mehrere Lose oder für alle Lose abgegeben werden können. Als weiteres Zuschlagskriterium war „Qualität“ genannt. Bezüglich der von den Bietern verlangten Eignungsnachweise wurde auf Ziffer III. Nr. 3 der Verdingungsunterlagen verwiesen.

Ziffer III. der Verdingungsunterlagen hat folgenden Inhalt:

„Zuschlagskriterien, Voraussetzungen an den Bieter (Nachweise)

1. Der Zuschlag wird auf das unter Berücksichtigung aller Umstände wirtschaftlichste Angebot erteilt. Der niedrigste Angebotspreis allein ist nicht entscheidend. Voraussetzungen der Angebote (Zuschlagskriterien) sind die nachfolgenden Nachweise zur Beurteilung der Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit.
2. Es werden nur Angebote von Bietern zur Wertung zugelassen, die zur Erfüllung der vertraglichen Verpflichtungen die notwendige Sicherheit bieten. Dazu gehört, dass der Bieter die erforderliche Fachkunde, Leistungsfähigkeit, Zuverlässigkeit besitzt.
3. Zum Nachweis der Fachkunde, Leistungsfähigkeit in fachlicher und technischer Hinsicht und Zuverlässigkeit hat der Bieter seinem Angebot folgende Nachweise beizufügen
 - a) Zertifizierung, Qualitätssicherungsnachweise
 - b) Nachweis über einen ausreichenden Versicherungsschutz
 - c) Bescheinigung der Berufsgenossenschaft über die Mitgliedschaft
 - d) Bescheinigung der Krankenversicherung über ordnungsgemäße Beitragsführung
 - e) Steuerliche Unbedenklichkeitsbescheinigung
 - f) Polizeiliches Führungszeugnis
 - g) Handelsregisterauszug
 - h) Liste der wesentlichen in den letzten 3 Jahren erbrachten vergleichbaren Leistungen mit Angabe des Rechnungswertes, der Leistungszeit sowie der Auftraggeber
 - i) Bilanzen des Bieters für 1999 und 2000 und GuV 2001
 - j) Firmendarstellung

- k) Erklärung ob und ggf. in welchem Umfang zur Erfüllung der vertraglichen Verpflichtungen auf Subunternehmer zurückgegriffen wird
- l) Erklärung der Bietergemeinschaft
- m) vorhandene Einrichtungen zur Erbringung der Dienstleistungen (Beschreibung der Sortieranlage, Fahrzeugdaten, Containerdaten, Entfernung zur LKr.-Grenze des AG, etc.)
- n) Nachweis der Genehmigung der Anlagen und Einrichtungen zur Erbringung der ausschreibungsgegenständlichen Leistung
- o) Erklärung über die ausreichende freie Kapazität der Anlagen und Einrichtungen zur Erbringung der ausschreibungsgegenständlichen Leistung

4. Angebote, welche die o.g. Voraussetzungen an die Bieter nicht erfüllen bzw. nachweisen, werden von der Wertung ausgeschlossen. Auf die weiteren Ausschlussgründe des § 25 Nr. 1 VOL/A wird hingewiesen.“

Die Vergabestelle gab die Verdingungsunterlagen an 12 Bewerber ab, die dies vorher bei ihr beantragt hatten. Bis zum Abgabetermin am 05.03.2002 wurden von 8 Bietern, darunter auch die Antragstellerin und die Beigeladene, fristgerecht Angebote und Nebenangebote eingereicht. Die Antragstellerin gab dabei für die Lose 1 bis 4 Einzelangebote sowie 5 Nebenangebote ab, die Beigeladene gab für die Lose 2, 3 und 4 Einzelangebote und 2 Nebenangebote ab. Nach der rechnerischen, technischen und wirtschaftlichen Prüfung der Angebote ergab sich für die Lose 1 bis 4 folgende Bieterfolge:

Los 1 - Altglas

Nr.	Bieter	Los 1 - Altglas Angebotssumme netto in €
1	W GmbH	173.500,00
2	R	174.720,00
3	A	177.450,00
4	R GmbH	202.800,00
5	... GmbH	285.090,00

Los 2 Altpapier

Nr.	Bieter	Los 2 - Altpapier Angebotssumme netto in €
1	E GmbH	117.304,05
2	W GmbH	149.154,50
3	xx GmbH	193.603,00
4	H GmbH	222.453,00
5	... GmbH	316.954,54
6	R GmbH	401.892,50

Los 3 - Dosenschrott

Nr.	Bieter	Los 3 - Dosenschrott Angebotssumme netto in €
1	xx GmbH	43.580,00
2	W GmbH	59.700,00
3	E GmbH	71.300,00
4	... GmbH	106.472,00
5	R GmbH	114.500,00

Los 4 - Reparatur von Containern

Nr.	Bieter	Los 3 - Dosenschrott Angebotssumme netto in €
-----	--------	--

1	W GmbH	1.790,00
2	H GmbH	2.000,00
3	E GmbH	2.950,00
4	R GmbH	3.800,00
5	... GmbH	15.500,00

Die weitere Wertung durch die ... ergab, dass bei keinem der vorliegenden Angebote ein zwingender Ausschlussgrund gemäß § 25 Nr. 1 VOL/A vorlag. Die Prüfung der Eignung ergab, dass alle Bieter für die jeweils angebotenen Lose die Anforderungen hinsichtlich Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit erfüllen. Das Angebot der W GmbH für Los 3 wurde nach schriftlicher Aufklärung als Unterangebot ausgeschieden. Die Wertung der Nebenangebote ergab dann, dass für die Lose 1 und 4 die Antragstellerin und für die Lose 2 und 3 die Beigeladene die günstigsten Angebote eingereicht hatten (die Beigeladene gewährte in ihrem Nebenangebot 2 bei einer gemeinsamen Beauftragung von Los 2 und 3 einen Nachlass von 6,5 %). Die ... schlug daraufhin vor, für die Lose 1 und 4 die Antragstellerin und für die Lose 2 und 3 die Beigeladene zu beauftragen.

Mit Schreiben vom 18.03.2002 teilte die ... allen Bietern gemäß § 13 VgV das Ergebnis der Angebotswertung mit. Im entsprechenden Schreiben an die Antragstellerin wurde erklärt, dass auf die Angebote für Los 2 und 3 der Zuschlag nicht erteilt werden könne, weil diese nicht die wirtschaftlichsten gem. § 25 Nr. 3 VOL/A seien. Es lägen preislich niedrigere Angebote vor. Die Antragsgegnerin beabsichtige, für die Lose 1 und 4 die Antragstellerin und für die Lose 2 und 3 die Beigeladene zu beauftragen.

Mit anwaltlichem Schreiben vom 21.03.2002 erwiderte die Antragstellerin das Schreiben der ... vom 18.03.2002. Sie erklärte dabei, nicht über die Gründe der vorgesehenen Nichtberücksichtigung ihrer Angebote informiert worden zu sein. Sie beantrage, diese Information zu erhalten. Insbesondere bitte die Antragstellerin gemäß § 2 Nr. 3 VOL/A dabei auch auf die berücksichtigten Kriterien der Leistungsfähigkeit, Zuverlässigkeit und Fachkunde einzugehen. Sie sei der Auffassung, dass aufgrund der örtlichen Nähe und des Status als eingesehene Unternehmen die Kriterien der Zuverlässigkeit, der geeigneten Infrastruktur, ausreichender Referenzen, wirtschaftliche Solidarität, logistische Vorteile etc. mit in die Vergabeentscheidung einzubeziehen seien. Gleichzeitig bitte die Antragstellerin um Darlegung, ob gemäß § 25 Nr. 2 Abs. 2 und 3 VOL/A im ausreichenden Maße berücksichtigt worden sei, ob unangemessen niedrige Angebote vorlägen.

Die Antragstellerin wandte sich dann ebenfalls mit anwaltlichem Schreiben vom 21.03.2002 an die Vergabekammer Südbayern. Sie erklärte dabei im wesentlichen, dass sie gegen den Zuschlag der Lose 2 und 3 an die Beigeladene Einspruch erhebe und zunächst Akteneinsicht gemäß § 111 GWB beantrage. Nach erhaltener Akteneinsicht werde sie ihren Einspruch ausführlich begründen.

Die Vergabekammer Südbayern teilte der Antragstellerin mit Schreiben vom 27.03.2002 mit, dass sie über die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens erst entscheiden könne, wenn weitere Unterlagen (hier Rüge, Begehren, Sachverhaltsdarstellung etc.) vorlägen.

Die ... nahm mit Schreiben vom 25.03.2002 zum Schreiben der Antragstellerin vom 21.03.2002 Stellung. Sie führte dabei aus, dass sie in ihrem Schreiben vom 18.03.2002 mitgeteilt habe, wer mit Los 2 und 3 beauftragt werden solle. Darin seien auch die Gründe aufgeführt, warum die Antragstellerin für die Lose 2 und 3 nicht berücksichtigt werden solle. Die Kriterien der Leistungsfähigkeit, Zuverlässigkeit und Fachkunde seien bei der Vergabeentscheidung für alle Lose berücksichtigt worden. Die Beigeladene, die mit den Losen 2 und 3 beauftragt werden solle, sei zum überwiegenden Teil der bisherige Erbringer dieser Leistungen. An der Eignung beständen bei der Beigeladenen ebenso wenig Zweifel wie bei der Antragstellerin, die für die Lose 1 und 4 beauftragt werden solle. Die Prüfung und Wertung sei gemäß § 25 VOL/A Abschnitt 2 erfolgt. Entsprechend sei auch die Unangemessenheit der Preise geprüft worden und daraufhin ein Angebot für Los 3, welches hier das preislich günstigste war, gemäß § 25 Nr. 2 Abs. 3 von der Wertung ausgeschlossen worden.

Die Antragstellerin erwiderte das Schreiben der ... vom 25.03.2002 mit anwaltlichem Schreiben vom 02.04.2002. Sie erklärte dabei im wesentlichen, dass sie die ihrer Ansicht nach nicht ausreichende

Berücksichtigung anderer, außerpreislicher Kriterien bei der Entscheidung über den Zuschlag ausdrücklich rüge. Dazu würden insbesondere die Kriterien der Zuverlässigkeit, der geeigneten Infrastruktur, ausreichende Referenzen, wirtschaftliche Solidarität, logistische Vorteile etc. zählen. Das für den Zuschlag der Lose 2 und 3 vorgesehene Unternehmen der Beigeladenen sei ihrer Auffassung nach auch nicht zuverlässig. Dies hätten die nachhaltigen Probleme bei der Abwicklung des noch bestehenden Vermarktungsauftrages für Altpapier der Antragsgegnerin gezeigt. Allein die großen Differenzen der Vermarktungsmengen beim Altpapier würden dies belegen. An der Beigeladenen seien zwischenzeitlich andere Unternehmen beteiligt, so dass die Firma als solche nicht mehr mit dem ursprünglichen Unternehmen zu vergleichen sei. Allein seit dem Jahr 2000 hätten zwei Umfirmierungen mit wechselnden Gesellschaftern stattgefunden. Es bestünden daher keinerlei Hinweise auf eine ausreichend bestehende Leistungsfähigkeit, Zuverlässigkeit und Fachkunde der Beigeladenen. Demgegenüber sei nicht berücksichtigt worden, dass es sich bei der Antragstellerin um ein alteingesessenes Unternehmen handle. Kriterien der Qualität und der Zweckmäßigkeit der Leistungen seien nach dem Kenntnisstand der Antragstellerin bei der Vergabeentscheidung nicht beachtet worden. Die erforderliche Wirtschaftlichkeitsprüfung hätte auch die Erhöhung der Transportleistungen mit in die Entscheidung einbeziehen müssen, da der Antragsgegnerin durch den Transport außerhalb des Landkreises erhebliche Transportmehrkosten entstünden.

Da das Rügeschreiben die Antragsgegnerin nicht zur Änderung ihrer Rechtsauffassung veranlasste, stellte die Antragstellerin mit Schreiben an die Vergabekammer Südbayern vom 02.04.2002 erneut einen Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens. Sie beantragte dabei, den Zuschlag für die Lose 2 und 3 der streitgegenständlichen Ausschreibung für nichtig zu erklären bzw. die Antragsgegnerin zu verpflichten, eine Neuausschreibung hinsichtlich der Lose 2 und 3 durchzuführen. Sie begründete ihre Anträge im wesentlichen mit den bereits in ihren Schreiben vom 21.03.2002 und 02.04.2002 vorgebrachten Argumenten. Zusätzlich zu diesen Argumenten erklärte die Antragstellerin, dass alle Mitbewerber mit Ausnahme der Beigeladenen Angebote abgegeben hätten, die in der Preisgestaltung sehr nahe beieinander lägen. Nur die beiden Angebote der Beigeladenen lägen hinsichtlich des Mitbewerbers, der das zweitbeste Angebot abgegeben habe, um 18,5 % darunter. Dies begründe den Verdacht der Unangemessenheit der Preise, den die Antragsgegnerin offenbar nicht geprüft habe.

Die Vergabekammer Südbayern leitete ein Nachprüfungsverfahren ein, stellte den Antrag am 03.04.2002 der Vergabestelle zu und forderte dabei die Vergabeunterlagen an. Die Vergabestelle legte daraufhin die Vergabeunterlagen am 04.04.2002 bei der Vergabekammer vor.

Mit Schreiben vom 03.04.2002 nahm die ... zum Nachprüfungsantrag der Antragstellerin Stellung. Sie führte dabei im wesentlichen aus, dass bei der Prüfung und Wertung der Angebote (hier: Eignungsprüfung nach § 25 Nr. 2 VOL/A) die geforderten Nachweise für die Zuverlässigkeit, Leistungsfähigkeit und Fachkunde geprüft worden seien. Weitere Kriterien für die Eignungsprüfung seien nicht gefordert gewesen und könnten daher auch nicht zur Bewertung herangezogen werden. Die Unterstellung von „nachhaltigen Problemen bei der Abwicklung des Vermarktungsauftrages“ seien ihr nicht bekannt. Die Beschlussvorlage der Verwaltung an den Kreisausschuss und Umwelt- und Landwirtschaftsausschuss in der Sitzung vom 18.03.2002 zeige, dass von der Verwaltung der Antragsgegnerin ebenfalls keine Bedenken hinsichtlich der Eignung bei der Vergabe an die Beigeladene bestünden. Umfirmierungen mit wechselnden Gesellschaftern seien kein Kriterium, die Eignung einer Firma in Frage zu stellen. Bei den angeführten Transportmehrkosten könne es sich nur um die Transportkosten der Marktgemeinde handeln, da die Transportkosten der Antragsgegnerin Gegenstand der angebotenen Leistungen seien. Eventuelle Transportmehrkosten, welche der Marktgemeinde und nicht der Antragsgegnerin entstünden, dürften nicht in die Wertung einbezogen werden, da dieser Transport nicht Gegenstand der ausgeschriebenen Leistung gewesen und die Antragsgegnerin diesbezüglich nicht Auftraggeber sei.

Im Rahmen der beantragten Akteneinsicht wurden der Antragstellerin mit Schreiben vom 10.04.2002 die zur Einsicht freigegebenen Vergabeunterlagen der Vergabestelle übersendet.

Mit anwaltlichem Schreiben vom 17.04.2002 teilte die Antragsgegnerin der Vergabekammer mit, dass sie sich zum Nachprüfungsantrag der Antragstellerin bereits durch die von ihr beauftragte ... geäußert habe. Weitere Ausführungen würden ggf. einem gesonderten Schreiben vorbehalten bleiben.

Mit Schreiben vom 19.04.2002 wurden die Beteiligten zur mündlichen Verhandlung am 29.04.2002 im Dienstgebäude München der Forstdirektion Oberbayern-Schwaben geladen.

Die Beigeladene wandte sich mit Schreiben ihres anwaltlichen Vertreters vom 22.04.2002 an die Vergabekammer Südbayern. Sie beantragte dabei, dass

- der Antrag der Antragstellerin zurückgewiesen werde;
- die Antragstellerin die Kosten des Verfahrens einschließlich der notwendigen Aufwendungen der Vergabestelle sowie der Beigeladenen zu tragen habe und
- die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Beigeladene notwendig gewesen sei.

Die Beigeladene begründete ihre Anträge im wesentlichen damit, dass der Zuschlag im streitgegenständlichen Vergabeverfahren bisher nicht erteilt sei. Der Antrag der Antragstellerin, den Zuschlag für die Lose 2 und 3 für nichtig zu erklären bzw. den Auftraggeber zu verpflichten, eine Neuausschreibung hinsichtlich der Lose 2 und 3 durchzuführen, sei somit mangels erteiltem Zuschlag auf eine unmögliche Leistung gerichtet und schon aus diesem Grunde zurückzuweisen. Die Antragstellerin habe die behaupteten Vergabeverstöße auch nicht unverzüglich gerügt. Nach Zustellung der Vorabinformation am 18.03.2002 bei der Antragstellerin sei die Rüge am 02.04.2002 weder in der Regelfrist von einer Woche noch innerhalb der Höchstgrenze von zwei Wochen erfolgt. Das Schreiben der Antragstellerin vom 21.03.2002 stelle indes keine Rüge i.S.v. § 107 Abs. 3 GWB dar. Auch sei die Beigeladene geeignet. Dem stünden auch nicht zwei Umfirmierungen mit Änderung der Gesellschaftsbeteiligungen entgegen, zumal im Wege der Umfirmierung stets der alteingeführte Namensbestandteil „.....“ erhalten geblieben sei. Weiter verbiete es sich, ein „mehr an Eignung“ bei der Wertung im Rahmen des § 25 Nr. 3 VOL/A zu berücksichtigen. Auch habe die Beigeladene kein Unterangebot abgegeben. Eine Preisunterschreitung von etwa 18 % sei als unbedenklich einzustufen, zumal es sich im Rahmen der Abfallentsorgung um dynamische Märkte handle, bei denen Preisunterschreitungen von 50 % noch nicht einmal in einem offenbaren Missverhältnis zur Leistung stünden. Bei der Beurteilung des wirtschaftlichsten Angebotes habe die Antragsgegnerin nicht gegen den ihr zustehenden Beurteilungsspielraum verstoßen, indem sie die angeblichen Transportmehrkosten des Marktes nicht berücksichtigt habe. Schließlich sei auch zu beachten, dass eine etwaige Ortsansässigkeit als Auswahlkriterium für eine Zuschlagserteilung als sog. vergabefremdes Kriterium im Sinne des § 97 Abs. 4 Satz 2 GWB unzulässig sei. Aus den genannten Gründen ergebe sich somit, dass der Nachprüfungsantrag unzulässig und auch unbegründet sei.

Mit anwaltlichem Schreiben vom 23.04.2002 teilte die Antragsgegnerin der Vergabekammer Südbayern mit, dass sie sich den Sach- und Rechtsausführungen der Beigeladenen in deren Schriftsatz vom 22.04.2002 anschließe. Unter Berücksichtigung dieser Ausführungen sowie der rechtmäßigen Durchführung des Vergabeverfahrens sei der Antrag der Antragstellerin abzuweisen.

Die Antragstellerin nahm mit anwaltlichem Schreiben an die Vergabekammer Südbayern vom 26.04.2002 zu den ihr im Rahmen der Akteneinsicht überstellten Unterlagen Stellung. Sie erklärte dabei, nunmehr zu beantragen, dass

- der Antragsgegnerin untersagt werde, der Beigeladenen den Zuschlag über das Los 2 und das Los 3 zu erteilen;
- die Hinzuziehung von Verfahrensbevollmächtigten auf Seiten der Antragsgegnerin nicht für notwendig erklärt werde, sowie
- die Kosten des Nachprüfungsverfahrens einschließlich der außergerichtlichen Kosten der Antragstellerin die Antragsgegnerin trage.

Sie begründete ihre Anträge im wesentlichen damit, dass die Antragsgegnerin ihrer Pflicht zur Vorabinformation gemäß § 13 VgV nicht in ausreichendem Maß nachgekommen sei. Zwar sei die

Antragstellerin mit Schreiben vom 18.03.2002 darauf hingewiesen worden, dass beabsichtigt sei, für das Los 2 und 3 die Beigeladene zu beauftragen. Begründet sei dies aber lediglich damit geworden, dass ein „preislich niedrigeres Angebot“ vorläge. Diese Begründung sei unzureichend, da es der Antragstellerin nicht erlaube, effektiven Rechtsschutz auch im Hinblick auf die Kontrolle der Zuschlagsentscheidungen auszuüben. Aus diesem Grunde greife auch nicht die erhobene Präklusionsrüge der Beigeladenen, der sich die Antragsgegnerin anschloss. Die Antragstellerin rüge weiterhin einen Verstoß gegen § 25 Nr. 5 VOL/A. Danach seien die Gründe für die Erteilung des Zuschlages aktenkundig zu machen. Dem der Antragstellerin vorliegende Aktenauszug sei zu entnehmen, dass die Angebote lediglich hinsichtlich der niedrigsten Angebotssummen verglichen worden seien. Weitere Wertungen nach § 25 VOL/A seien in den Unterlagen über die Zuschlagserteilung nicht enthalten. Auch hätte die Antragsgegnerin bei der Zuschlagsentscheidung die Transportkosten berücksichtigen müssen. Der Antragsgegnerin sei bekannt gewesen, dass hinsichtlich des zu entsorgenden Altpapiers die im Markt anfallenden Mengen im Vergleich zum gesamten Landkreis bei ca. 40 % lägen. Da der Zuschlag an ein landkreisfremdes Unternehmen gehen solle, würden erhöhte Transportkosten der Verbringung des Materials der Antragsgegnerin (incl. der 40 % des Marktes) nach, dies sei der Geschäftssitz der Beigeladenen, anfallen. Es handle sich hierbei um eine Strecke von 55 km. Die jährlichen Transportkosten dieser Strecke würden sich auf ca. 37.176,00 €/a belaufen. Bei einer Vertragslaufzeit von 1,5 Jahren würden die Transportmehrkosten der Beigeladenen somit 55.765,00 € betragen. Bei Berücksichtigung dieser Summe hätte die Antragstellerin hier rein rechnerisch das günstigste Angebot abgegeben. Zu den wirtschaftlichen Gesichtspunkten gehöre auch die Frage, ob ein Bieter zu bevorzugen sei, der orts- oder bezirksansässig ist. Die Ortsansässigkeit als solche reiche zwar allein für die Bevorzugung eines Angebotes nicht aus. Sie könne jedoch der Grund für eine solche Bevorzugung sein, wenn sich aus ihr wirtschaftliche Vorteile für den Auftraggeber oder die öffentliche Hand in Bezug auf die zu vergebende Leistung und ihrer Ausführung ergeben würden. Dies gelte insbesondere, wenn auf Grund der Ortsansässigkeit Wartungs- und Instandhaltungsarbeiten effizienter und schneller durchzuführen seien, wenn Umweltgesichtspunkte zu berücksichtigen seien, etc. Dies sei im vorliegenden Fall nicht geschehen und werde von der Antragstellerin ausdrücklich gerügt. Der nicht berücksichtigte Aspekt der Transportkosten habe auch Auswirkungen auf die Berücksichtigung umweltfreundlicher Beschaffungen, da durch die erhöhte Fahrleistung die Umwelt belastet werde. Der Freistaat Bayern habe über die Richtlinien für Zuwendungen an öffentliche Träger zu abfallwirtschaftlichen Maßnahmen vom 17.07.1991 ergänzende Regelungen zur umweltfreundlichen Beschaffung erstellt. Danach sei bei der Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebotes ein Mehrpreis tragbar, wenn durch die umweltfreundliche Leistung für die Vergabestelle nicht berechenbare volkswirtschaftliche Kosteneinsparungen an anderer Stelle entstünden. Obwohl der Antragsgegnerin die gesamte Problematik der Transportmehrkosten bekannt gewesen sei, sei dies in keinsten Weise bei der Wertung berücksichtigt worden. Auch sei bei der Prüfung der Eignung der Beigeladenen nicht berücksichtigt worden, dass es im Rahmen der Abwicklung des dem hier streitigen Los vorangegangenen Vertragsverhältnisses große Probleme gegeben habe, welche die Zuverlässigkeit und Fachkunde in Frage stellen würden. Weiter gebe es hinsichtlich der Firmenidentität der Beigeladenen verworrene Umstände, die von der Antragsgegnerin nicht aufgeklärt worden seien. Die Beigeladene besitze das geforderte Zertifikat gemäß § 52 KrW-/AbfG nur noch bis zum 21.06.2002, es ende daher vor Beginn des streitgegenständlichen Vertragsverhältnisses. Ausgestellt sei das bestehende Zertifikat zudem auf die „E GmbH & Co. KG“ und nicht auf die „E Entsorgungssysteme GmbH & Co. KG“. Es hätte sichergestellt werden müssen, dass die Beigeladene auch tatsächlich über ein Zertifikat für den Vertragszeitraum verfüge. In seiner Gesamtschau sei das Vergabeverfahren nicht nachvollziehbar und im Ergebnis daher fehlerhaft. Den Anträgen sei deshalb stattzugeben. Der zweitplazierten Antragstellerin seien die Zuschläge für die Lose 2 und 3 zu erteilen.

Mit anwaltlichem Schreiben vom 26.04.2002 nahm die Beigeladene zum Schreiben der Antragstellerin vom 26.04.2002 Stellung. Sie führte dabei im wesentlichen aus, dass die Antragsgegnerin ihrer Pflicht auf Vorinformation der Bieter gemäß § 13 VgV in ausreichender Weise nachgekommen sei. Sie vertrete weiterhin ihre bereits vorgebrachte Ansicht, dass die Antragstellerin die vorgebrachten, vermeintlichen Rechtsverstöße nicht unverzüglich i.S.v. § 107 GWB gerügt habe. Ebenso sei die Vergabestelle ihrer Dokumentationspflicht im Sinne von § 25 Nr. 5 VOL/A ausreichend nachgekommen. Die Vergabestelle habe ausreichend dokumentiert, dass es sich bei der Beigeladenen um eine geeignete Bieterin handle. Etwaige unbegründete Spekulationen sowie Gerüchte seien für die Eignungsprüfung unbeachtlich. Ebenso sei auch die weitere Wertung

ausreichend dokumentiert worden. Beachtung finden müsse hierbei die widerlegbare Vermutung, dass das preisgünstigste Angebot auch das wirtschaftlichste sei. Etwaige Transportmehrkosten für den Markt könnten für die Vergabe von Entsorgungsdienstleistungen auf dem Gebiet der Antragsgegnerin keine Beachtung finden. Ebenso seien auch Umweltgesichtspunkten ausreichend Rechnung getragen worden. Die Vergabestelle habe unter Nr. 1, Ziffer 4 der Verdingungsunterlagen ausgeführt, dass die Sortieranlagen des Auftragnehmers höchstens 200 km Straßenentfernung von der Landkreisgrenze aufweisen dürfe, um die Transportentfernung aus Gründen des Umweltschutzes gering zu halten. Eine solche Entfernung werde von der Beigeladenen offensichtlich eingehalten, so dass es einer Dokumentation hierüber nicht bedarfe. Soweit die Antragstellerin schließlich darauf verweise, dass das Zertifikat der Beigeladenen nur noch bis zum 21.06.2002 gültig sei, verschweige sie gezielt, dass gemäß § 14 Abs. 2 Entsorgungsfachbetriebsverordnung das Überwachungszertifikat zu befristen sei und die Gültigkeitsdauer einen Zeitraum von 18 Monaten nicht überschreiten dürfe. Andererseits könne das Zertifikat naturgemäß erst verlängert werden, wenn es ablaufe. Die Beigeladene habe bereits die Voraussetzungen für die Verlängerung geschaffen.

Die mündliche Verhandlung fand am 29.04.2002 im Dienstgebäude München der Forstdirektion Oberbayern-Schwaben statt. Auf die diesbezügliche Niederschrift sowie die vorgelegten Unterlagen und Schriftsätze wird Bezug genommen.

Mit anwaltlichem Schreiben vom 02.05.2002 nahm die Antragsgegnerin zu ihrem Vorbringen in der mündlichen Verhandlung nochmals Stellung. Sie verwies dabei auf eine Stellungnahme der ... vom 30.04.2002. Bezüglich dieser Stellungnahme erklärte die Antragsgegnerin im wesentlichen, dass hier von der ... nochmals bestätigt werde, dass nach den Verdingungsunterlagen zwar § 25 Abs. 3 VOL/A wörtlich wiedergegeben worden sei, als einziges Wertungskriterium jedoch ausschließlich der Angebotspreis maßgebend sein sollte. Die unter Ziffer 5.2.2 im Formblatt EVM (L) A EG 231 EG (Aufforderung zur Angebotsabgabe) genannten technischen und wirtschaftlichen Kriterien „Qualität, Fachkunde, Zuverlässigkeit und Leistungsfähigkeit“ würden dem gemäß ausschließlich Eignungskriterien darstellen. Dies zeige auch klar Ziffer III Nr. 3 und 4 der Verdingungsunterlagen. Wenn sich somit aus der Vorlage der geforderten Nachweise des jeweiligen Anbieters auch inhaltlich das Vorliegen aller gestellten Eignungsanforderungen ergebe, seien damit auch die technischen und wirtschaftlichen (Mindest-) Voraussetzungen zur Leistungserbringung nachgewiesen und damit sei das Eignungskriterium insgesamt erfüllt.

Die Beteiligten wurden durch den Austausch der jeweiligen Schriftsätze informiert.

II. Begründung:

1. Zuständigkeit der Vergabekammer

Die Vergabekammer Südbayern ist für die Überprüfung des streitgegenständlichen Vergabeverfahrens zuständig.

1.1

Die sachliche Zuständigkeit der Vergabekammer Südbayern ergibt sich aus § 104 Abs. 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) bzw. §1 Abs. 1 und 2 der Verordnung zur Regelung von Organisation und Zuständigkeiten im Nachprüfungsverfahren für öffentliche Aufträge (BayNpV).

1.2

Die Vergabekammer Südbayern ist nach § 2 Abs. 2 Satz 1 BayNpV örtlich zuständig, da die Vergabestelle ihren Sitz im Regierungsbezirk ... hat.

1.3

Die Antragsgegnerin ist den Auftraggebern zuzuordnen, welche gemäß § 98 Nr. 1 GWB in Verbindung mit § 4 Abs. 1 Satz 1 Vergabeverordnung (VgV) vom 09.01.2001 den 2. Abschnitt der

VOL/A anzuwenden haben. Gegenstand der Vergabe ist ein Dienstleistungsauftrag im Sinne des § 99 Abs. 1 und 4 GWB.

1.4

Der Anwendungsbereich des vierten Teils des GWB und der BayNpV ist nur eröffnet, wenn der geschätzte Auftragswert den Schwellenwert erreicht oder übersteigt (§ 100 Abs. 1 GWB, §1 Abs. 1 Satz 2 BayNpV). § 100 Abs. 1 GWB verweist bezüglich der Schwellenwerte auf eine Rechtsverordnung nach § 127 GWB. Die Bundesregierung hat mit der Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge (Vergabeverordnung - VgV, vom 09.01.2001, BGBl. I, S.110) eine Rechtsverordnung i.S.d. § 127 Nr. 1 GWB erlassen. Diese Vergabeverordnung trat zum 01.02.2001 in Kraft. Die Schwellenwerte ergeben sich im vorliegenden Fall aus § 2 Nr. 3 und Nr. 8 VgV.

Für Dienstleistungen beträgt der Schwellenwert demnach 200 000 Euro für den Gesamtauftrag bzw. 80 000 Euro für das Einzel-Los.

Gemäß § 3 Abs. 1 VgV ist bei der Schätzung des Auftragswertes von der geschätzten Gesamtvergütung für die vorgesehene Leistung auszugehen. Bestehen die zu vergebenden Aufträge aus mehreren Losen, für die jeweils ein gesonderter Auftrag vergeben wird, müssen bei der Schätzung alle Lose berücksichtigt werden (§ 3 Abs. 5 VgV). Die geschätzte Gesamtvergütung bei Zusammenfassung aller Lose übersteigt im vorliegenden Fall den Schwellenwert von 200 000 Euro bei weitem.

Eine Ausnahmebestimmung des §100 Abs. 2 GWB liegt nicht vor.

2. Zulässigkeit des Nachprüfungsantrages

Der Nachprüfungsantrag ist insofern zulässig, als er die behauptete Nichtberücksichtigung von Zuschlagskriterien sowie die behauptete fehlende Eignung der Beigeladenen betrifft. Bezüglich des behaupteten Unterangebotes der Beigeladenen ist der Nachprüfungsantrag wegen nicht unverzüglich erfolgter Rüge unzulässig.

2.1 Antragsbefugnis

Die Antragstellerin ist antragsbefugt.

Gemäß § 107 Abs. 2 GWB ist ein Unternehmen im Vergabeverfahren nur insoweit antragsbefugt, wie es ein Interesse am Auftrag sowie eine Verletzung in seinem Recht auf Einhaltung der Vergabebestimmungen (§ 97 Abs. 7 GWB) geltend machen und ferner darlegen kann, dass ihm durch die behauptete Verletzung der Vergabevorschriften ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Sinn und Zweck der Vorschrift ist es zu verhindern, dass ein Bieter, der auch bei ordnungsgemäß durchgeführtem Vergabeverfahren keine Aussicht auf Berücksichtigung seines Angebots und auf Erteilung des Zuschlags gehabt hätte, ein Nachprüfungsverfahren einleiten kann (BT-Drucksache 13/9340 Seite 42, 50).

Die Antragstellerin hat ihr Interesse am Erhalt des Auftrages für die Lose 2 und 3 durch die Abgabe eines jeweiligen Angebotes nachgewiesen. Sie gibt an, durch die vorgesehene Vergabe der Lose 2 und 3 an die Beigeladene in ihren Rechten verletzt zu sein. Durch den möglichen Verlust dieser Aufträge droht ihr ein Vermögensschaden.

2.2 Rüge

Nach den vorliegenden Unterlagen erfolgte die Rüge des Vergabeverstößes bei der ... erst nach Antragstellung bei der Vergabekammer Südbayern am 21.03.2002. Dies bedeutet, dass zum Zeitpunkt des Antragsingangs am 21.03.2002 Uhr zunächst noch kein zulässiger Antrag nach §107 GWB vorlag. Durch die Vorlage der vorgenannten Rüge am 02.04.2002 hat die Antragstellerin bzw. ihr anwaltschaftlicher Vertreter jedoch kundgetan, dass sie den Nachprüfungsantrag mit diesen Unterlagen weiterverfolge. Die Kammer ging somit ab diesem Zeitpunkt von einem zulässigen Antrag aus und hat mit Telefax vom 03.04.2002 das Nachprüfungsverfahren eingeleitet.

Die Antragstellerin hat die von ihr behaupteten Vergabeverstöße bezüglich der Nichtberücksichtigung von Zuschlagskriterien sowie der nicht vorliegenden Eignung der Beigeladenen gemäß § 107 Abs. 2 Satz 1 GWB unverzüglich gerügt. Den von der Antragstellerin behaupteten Vergabeverstoß bezüglich eines Unterangebotes der Beigeladenen hat sie nicht unverzüglich gerügt.

a) Rüge, dass Zuschlagskriterien nicht berücksichtigt worden seien und dass die Beigeladene nicht geeignet sei

Mit Schreiben vom 18.03.2002 teilte die ... mit, dass die Antragstellerin bei den Losen 2 und 3 nicht die wirtschaftlichsten Angebote abgegeben habe und der Zuschlag für diese Lose an die Beigeladene erteilt werden solle. Als daraufhin die Antragstellerin weitergehende Informationen verlangte, gab die ... mit Schreiben vom 25.03.2002 die gewünschten Auskünfte zur Prüfung der Eignung der Bieter sowie zur Prüfung unangemessen niedriger Angebotspreise ab. Die Antragstellerin rügte dann unverzüglich mit Schreiben an die ... vom 02.04.2002 die ihrer Ansicht nach ungerechtfertigte Beauftragung der Beigeladenen, da dieser die Eignung fehle und bei der Bestimmung des wirtschaftlichsten Angebotes Zuschlagskriterien nicht berücksichtigt worden seien.

Dabei steht der ordnungsgemäßen Rüge im vorliegenden Fall nicht entgegen, dass Adressat des Schreibens vom 02.04.2002 nicht die Antragsgegnerin, sondern die von ihr mit der Durchführung des Vergabeverfahrens beauftragte ... war und sich auch die darauf folgende Korrespondenz ausschließlich auf die Antragstellerin und die ... beschränkte (vgl. z.B. Benachrichtigungsschreiben gem. § 13 VgV). Zwar muss die Rüge nach dem Wortlaut des § 107 Abs. 3 Satz 1 ausdrücklich gegenüber dem **Auftraggeber** erfolgen. Sinn und Zweck der Rüge ist, dass dem Auftraggeber Gelegenheit gegeben wird, den Vergabefehler im laufenden Vergabeverfahren zu korrigieren, ohne dass die Anrufung der Vergabekammer erforderlich wird (vgl. amtliche Begründung, BT-Drucksache 13/9340 v. 03.12.1997, S. 50). Die Frage, ob auch dann von einer Rüge gegenüber dem Adressaten "Auftraggeber" gesprochen werden kann, wenn sie unstreitig nicht gegenüber diesem, sondern gegenüber einem vom Auftraggeber beauftragten Dritten ausgesprochen wurde, hängt nach Auffassung der Vergabekammer entscheidend davon ab, ob ein fachkundiges Bieterunternehmen aus der Bekanntmachung, den Ausschreibungsunterlagen und/oder den sonstigen Umständen entnehmen durfte, dass die vom Auftraggeber eingeräumte Vertretungsvollmacht des Dritten auch die Entgegennahme einer etwaigen, für die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens unabdingbare Rüge umfasste. Nach Auffassung der Vergabekammer darf ein Antragsteller jedoch zumindest dann nicht davon ausgehen, dass der beauftragte Dritte zur Entgegennahme der Rüge befugt ist, wenn die Rüge die Beauftragung des Dritten mit der Durchführung des Vergabeverfahrens selbst betrifft, weil der Bieter in diesen Fällen nicht sicher sein kann, dass der Dritte diese Rüge auch an den Auftraggeber weitergibt. Betrifft die Rüge jedoch wie im vorliegenden Fall nicht die Einschaltung des Dritten an sich, ist nach Auffassung der Vergabekammer auf den Einzelfall abzustellen.

Im vorliegenden Fall durfte die Antragstellerin darauf vertrauen, dass die Rüge auch dann im Sinne des § 107 Abs. 3 Satz 1 GWB gegenüber "dem Auftraggeber" ausgesprochen wurde, wenn sie nicht an die Antragsgegnerin unmittelbar, sondern an die von diesem mit der Durchführung des Vergabeverfahrens beauftragten ... adressiert wurde. Dies ergibt sich zwar nicht bereits aus der Bekanntmachung vom 16.01.2002. Denn hieraus ging lediglich gem. Ziff. 8 a hervor, dass die Verdingungsunterlagen bei der ... anzufordern waren. Von einer umfassenden Vollmacht musste ein fachkundiges Bieterunternehmen jedoch angesichts der Ausführungen in den Verdingungsunterlagen ausgehen. So heißt es zwar auf Seite 1 der Leistungsbeschreibung: "Ausschreibende Stelle: GmbH".

Unter Ziff. 7. auf Seite 4 der Leistungsbeschreibung wird jedoch der Umfang der Bevollmächtigung begrenzt. Dort heißt es: "Enthalten die Ausschreibungsunterlagen nach Auffassung des Bieters Vergabeverstöße oder Unklarheiten, hat er den Auftraggeber unverzüglich schriftlich, fernschriftlich oder per Fax darauf hinzuweisen".

Angesichts dieser Ausführungen in den Verdingungsunterlagen durfte ein fachkundiges Bieterunternehmen davon ausgehen, dass die ... zur Entgegennahme auch von Rügen, welche nicht die Ausschreibungsunterlagen betreffen, befugt war. Zumindest nach den Grundsätzen der Anscheinsvollmacht musste die Antragsgegnerin die Tatsache der Rüge an sich daher gegen sich

gelten lassen. Dabei kommt es nicht darauf an, ob die ... im Innenverhältnis tatsächlich zur Entgegennahme der Rüge bevollmächtigt war. Hinzu kommt, dass die ... unstreitig nicht nur auf die Rüge unmittelbar reagiert hat, sondern dass auch die Antragsgegnerin mit Schreiben vom 17.04.2002 alle etwaigen Bevollmächtigungsmängel jedenfalls durch nachträgliche Genehmigung geheilt hat, indem sie mitteilte: "Zu den Ausführungen der Antragstellerin in ihrem Nachprüfungsantrag vom 02.04.2002 hat sich die von uns beauftragte ... bereits geäußert".

b) Rüge, dass die Beigeladene für die Lose 2 und 3 Unterangebote abgegeben habe

Die Rüge der Antragstellerin, die Beigeladene habe Unterangebote abgegeben, ist nach Ansicht der Kammer nicht unverzüglich erfolgt.

Es ist angemessen, den Begriff "unverzüglich" in § 107 Abs. 3 Satz 1 GWB in Anlehnung an die in § 1221 Abs. 1 Satz 1 BGB enthaltene Legaldefinition ("ohne schuldhaftes Zögern") auszulegen. Die danach für die Rüge zur Verfügung stehende Zeitspanne beträgt in der Regel höchstens zwei Wochen (vgl. BayObLGZ 2000, 109/115; OLG Düsseldorf NZBau 2000, 45/47; OLG Brandenburg NZBau 2001, 226/227; Palandt/Heinrichs BGB 60. Aufl. § 121 Rn. 3). Innerhalb dieser Frist ist eine Rüge der Antragstellerin gegenüber der Vergabestelle nicht erfolgt.

Die Antragstellerin ist innerhalb des o. g. Zeitraumes ihrer Rügepflicht aus § 107 Abs. 3 GWB nicht nachgekommen. Ihr Schreiben vom 21.03.2002 kann bei Berücksichtigung aller Umstände nicht als Rüge gemäß § 107 Abs. 3 GWB gewertet werden. Über dieses Schreiben hinaus hat sich die Antragstellerin nicht im Sinne einer Rüge hinsichtlich der vermeintlichen Unterangebote der Beigeladenen an die Vergabestelle gewandt.

Das Schreiben vom 21.03.2002 stellt keine Rüge im Rechtssinne dar. Zwar sind im Sinne der Gewährung effektiven Rechtsschutzes an die Rüge nur geringe Anforderungen zu stellen. So ist es nicht erforderlich, dass der Bieter explizit das Wort "Rüge" verwendet. Weiter müssen für eine Rüge nicht exakt einzelne Normen der VOL oder des GWB genannt werden, die der Bieter als verletzt ansieht (vgl. 2. Vergabekammer des Bundes, Beschluss vom 26.08.1999, VK 2-22/99, S. 9f). Für eine Rüge im Sinne des § 107 Abs. 3 GWB ist jedoch unabdingbar, dass der Bieter der Vergabestelle gegenüber unmissverständlich deutlich macht, dass ihr hiermit die letzte Chance gegeben wird, den vorgetragenen Verstoß gegen Vergaberecht zu korrigieren, bevor der Bieter den Rechtsweg zur Vergabekammer beschreitet. Dieses Erfordernis folgt unmittelbar aus dem Sinn und Zweck der Rügepflicht, wie ihn auch der Gesetzgeber in der Regierungsbegründung zum Ausdruck gebracht hat (vgl. Regierungsbegründung vom 03.12.1997 zu § 117 [jetzt § 107] Abs. 3, BT-Drucks. 13/9340). Zweck der Rügepflicht ist es demnach, der Vergabestelle Anlass und Gelegenheit zu geben, einen Verstoß gegen Vergabevorschriften nach nochmaliger Überprüfung ihrer Entscheidungen im Vergabeverfahren zu erkennen und ihn zu korrigieren, ohne dass es des regelmäßig mit erheblichen Verzögerungen verbundenen Nachprüfungsverfahrens vor der Vergabekammer bedarf. Diesem Zweck wird jedoch eine Mitteilung an die Vergabestelle nicht gerecht, die zunächst einmal nur eine Begründung für eine Entscheidung der Vergabestelle einfordert. In diesem Fall hat die Vergabestelle weder Veranlassung noch die fundierte Möglichkeit, sich mit ihrer eigenen Entscheidung nochmals vertieft auseinander zusetzen. Vielmehr darf die Vergabestelle davon ausgehen, dass der Bieter nach dem erstmaligen Erhalt einer Begründung diese entweder akzeptiert oder aber im gegenteiligen Fall sich erneut an sie wendet und nun auf der Grundlage der Begründung im einzelnen die Punkte darlegt, die er für fehlerhaft hält. Etwas anderes gilt nur dann, wenn die Vergabestelle in dieser Begründung unmissverständlich zum Ausdruck bringt/gebracht hat, dass sie unter keinen Umständen mehr von ihrer Entscheidung abrücken wird, so dass aus der Sicht des Bieters eine nochmalige Kontaktaufnahme sinnlos erscheinen muss.

Teilt jedoch der Bieter, nachdem ihm die Vergabestelle ihre Entscheidung auf seine Aufforderung hin erstmals näher begründet hat, der Vergabestelle nicht mit, ob er seine Kritik an der Entscheidung aufrecht erhält und nimmt er der Vergabestelle damit den Anlass und die Möglichkeit, sich mit den Vorwürfen auf der Grundlage dieser Begründung auseinander zusetzen und ihnen gegebenenfalls abzuwehren, so ist der Bieter der Rügepflicht aus § 107 Abs. 3 GWB nicht nachgekommen.

So liegt der Fall hinsichtlich der behaupteten Unterangebote hier. In ihrem Schreiben vom 21.03.2002 hat die Antragstellerin letztlich nur um Darlegung darüber gebeten, ob gemäß § 25 VOL/A geprüft wurde, ob Unterangebote vorliegen. Aus diesem Schreiben kann die Vergabestelle nicht ersehen, dass sie einen eventuellen Vergabeverstoß abstellen soll.

Unter den geschilderten Umständen kann eine rechtlich relevante Rüge auf der Basis eines konkretes Sachverhaltes hierin auch aus Sicht der Vergabestelle nicht gesehen werden. Insoweit durfte die Vergabestelle, nachdem sie in ihrem Schreiben vom 25.03.2002 zur Preisprüfung Stellung genommen hatte, davon ausgehen, dass die Antragstellerin, wenn sie hiermit nicht einverstanden gewesen wäre, noch einmal Kontakt mit ihr aufnehmen und gegebenenfalls erkennen lassen würde, dass sie mit der vorgenannten Entscheidung nicht einverstanden ist und ihre Beanstandung hinsichtlich der Erforderlichkeit eines Vergabeverfahrens, nunmehr gestützt auf konkrete Kritikpunkte auf der Grundlage der Begründung, aufrecht erhält. Dies hat die Antragstellerin bezüglich der vermeintlichen Unterangebote unterlassen. Daher kann hier nicht von einer ordnungsgemäßen Rüge ausgegangen werden.

3. Begründetheit des Nachprüfungsantrages

Der Antrag der Antragstellerin, dass der Antragsgegnerin untersagt werde, der Beigeladenen den Zuschlag über das Los 2 und das Los 3 zu erteilen, wird als unbegründet zurückgewiesen.

3.1

Die Antragstellerin ist der Ansicht, dass die Beigeladene nicht die notwendige Eignung zur Ausführung der streitgegenständlichen Leistung besitzt.

§ 2 Nr. 3 VOL/A schreibt in Verbindung mit § 97 Abs. 4 GWB vor, dass öffentliche Aufträge nur an solche Bewerber bzw. Bieter vergeben werden dürfen, die fachkundig, leistungsfähig und zuverlässig sind.

Über die Eigenschaften der Fachkunde, Zuverlässigkeit und Leistungsfähigkeit entscheidet der Auftraggeber nach pflichtgemäßem Ermessen bzw. nach der einer gebotenen Sorgfalt entsprechenden Prüfung. Entscheidend für sein Vorgehen wird dabei stets sein, dass er im Ergebnis die notwendige Feststellung treffen kann, ob der betreffende Bewerber unter den gegebenen Umständen voraussichtlich in der Lage sein wird, die benötigte Leistung auf Grund seiner glaubhaft gemachten Sachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit zu erbringen (Daub/Eberstein, Kommentar zur VOL/A, Rdn. 29 zu § 2 VOL/A).

§ 2 Nr. 3 VOL/A dient dem Schutz des Auftraggebers. Die Einhaltung dieser Vorschrift begründet aber auch für die Bieter subjektive Rechte, da sie einen Anspruch darauf haben, sich im Wettbewerb grundsätzlich nur mit geeigneten Konkurrenten messen zu müssen.

Für die Eignung eines Bieters ist entscheidend, inwieweit die umfassend zu prüfenden und abzuwägenden Umstände des Einzelfalls, zu denen vor allem auch ein früheres (vertragswidriges) Verhalten des Bieters gehören kann, die Prognose erlauben, dass der Bieter gerade die ausgeschriebenen und von ihm angebotenen Leistungen vertragsgerecht erbringen kann (OLG Düsseldorf ZVgR 2000, 224). Allein auf Mutmaßungen darf sich der Auftraggeber allerdings nicht stützen (Ingenstau/Kratzenberg VOB 14. Aufl. A § 25 Rn. 48). Aufgrund des dem Vergabeverfahren innewohnenden Beschleunigungsgrundsatzes ist es andererseits grundsätzlich auch nicht angezeigt, im Einzelnen Beweis darüber zu erheben, ob ein durch bestimmte Tatsachen belegter Vorwurf gegen einen Bieter und dessen dagegen erhobene Einwendungen zutreffen (vgl. OLG Celle Beschluss vom 10.3.2000 13 Verg 1/00) (BayObLG Verg 6/01 v. 01.10.2001).

Die Entscheidung der Vergabestelle bezüglich der Eignung der Beigeladenen genügt diesen Anforderungen.

Zweifel an der Zuverlässigkeit und Fachkunde der Beigeladenen und damit eine negative Prognose der Vergabestelle sind derzeit bei einer Gesamtschau nach Ansicht der Kammer aufgrund der vorliegenden Unterlagen nicht gerechtfertigt. Die von der Antragstellerin vorgebrachten Argumente bezüglich der behaupteten mangelnden Eignung der Beigeladenen (Umfirmierungen, Zertifikate,

Probleme bei vorangegangenen Verträgen, Referenzen) konnten von dieser in der mündlichen Verhandlung sowie durch das Nachreichen klarstellender Dokumente (vgl. Schreiben der Beigeladenen vom 02.05.2002) nach Ansicht der Kammer ausreichend aufgeklärt werden. Zweifel am Vorliegen der Eignung der Beigeladenen und somit auch an der diesbezüglichen Wertungsentscheidung der Antragsgegnerin konnten sich nicht erhärten.

3.2

Die Antragstellerin vertritt die Ansicht, dass die Antragsgegnerin bei der Beurteilung des wirtschaftlichsten Angebotes die von ihr vorgegebenen Kriterien „Qualität“ sowie „Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit“ nicht ausreichend berücksichtigt und nur auf das Kriterium des niedrigsten Preises abgestellt hat.

Gemäß § 9 a VOL/A geben die Auftraggeber in den Verdingungsunterlagen oder in der Vergabebekanntmachung alle Zuschlagskriterien an, deren Verwendung sie vorsehen, möglichst in der Reihenfolge der ihnen zuerkannten Bedeutung.

Die Antragsgegnerin hat in der Aufforderung zur Angebotsabgabe für die Bestimmung des wirtschaftlichsten Angebotes die Kriterien „Preis, Qualität sowie Zuverlässigkeit, Leistungsfähigkeit und Fachkunde“ genannt.

Die Kammer ist hierbei der Ansicht, dass das Kriterium „Leistungsfähigkeit, Zuverlässigkeit und Fachkunde“ und die in Verbindung damit von der Antragsgegnerin geforderten Nachweise nicht in zulässiger Weise für die Beurteilung des wirtschaftlichsten Angebotes verwendet werden kann.

Der Aufbau des § 25 VOL/A geht von einer Stufenweisen Prüfung der Angebote aus; nach dem zwingenden Ausschluss von Angeboten gem. § 25 Nr. 1 VOL/A ist in einem weiteren Prüfungsabschnitt gem. § 25 Nr. 2 Abs. 1 VOL/A zunächst die Eignung der Bieter zu prüfen. Nach der Prüfung der Angebotspreise kommt für die Erteilung des Zuschlages dann gemäß § 25 Nr. 3 Satz 1 VOL/A nur das unter Berücksichtigung aller Umstände wirtschaftlichste Angebote in Frage. Eine besondere Eignung des Bieters oder seine Erfahrung in Bezug auf das ausgeschriebene Vorhaben ist hier hingegen nicht mehr angesprochen.

§ 25 Nr. 3 Satz 1 VOL/A spricht zwar von der „Berücksichtigung aller Umstände“ bei der Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebotes. Bei Aufträgen jedoch, welche die Schwellenwerte erreichen bzw. überschreiten und somit nach dem 2. Abschnitt der VOL/A vergeben werden müssen, sind durch die zwingende Berücksichtigung der Vorschriften des § 9a VOL/A diese „Umstände“ vorab anhand von Zuschlagskriterien bekannt zu machen.

Die EG-Dienstleistungsrichtlinie nennt in Artikel 36 beispielhaft die verschiedenen, auf den jeweiligen Auftrag bezogenen Kriterien, die zur Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebotes herangezogen werden können. Diese beinhalten den Preis, Qualität, technischer Wert, Ästhetik, Zweckmäßigkeit der Leistung, Kundendienst und technische Hilfe, Lieferzeitpunkt und Ausführungszeitraum. Die Aufzählung dieser Kriterien in dieser Richtlinie ist zwar weder zwingend noch abschließend, jedoch sind alle Kriterien auftragsbezogen und betreffen nicht die Eignung des Bieters.

Aus der Bekanntmachung und den Verdingungsunterlagen geht aber entgegen der Ansicht der Antragsgegnerin hervor, dass die Antragsgegnerin die Kriterien „Leistungsfähigkeit, Zuverlässigkeit und Fachkunde“ (sowie die diesbezüglichen Eignungsnachweise gemäß Ziffer III. Nr. 3 der Leistungsbeschreibung) nicht nur zur Beurteilung der Eignung der Bieter heranziehen, sondern auch in der letzten Wertungsstufe zur Feststellung des wirtschaftlichsten Angebotes verwenden will.

Der EuGH hat hierzu festgestellt, dass bei Vergabeverfahren zwischen Auswahlstadium und dem Stadium der Auftragserteilung zu unterscheiden ist und folglich die jeweils dafür vorgesehenen und bekannt gemachten Kriterien nicht vermengt werden dürfen (EuGH, Urteil vom 20.09.88, Rechtssache 31/87).

Dies bestätigend hat der BGH entschieden, dass nach Bejahung der generellen Eignung der in die engere Wahl gekommenen Bieter ein „Mehr an Eignung“ eines Bieters nicht mehr als entscheidendes Kriterium für den Zuschlag zu seinen Gunsten berücksichtigt werden darf (Daub/Eberstein, Kommentar zur VOL/A, 5. Auflage, Rdn. 45 zu § 25 VOL/A).

Unter Beachtung der o.g. Grundsätze, denen sich die Kammer vollinhaltlich anschließt, kann der Ansicht der Antragstellerin hinsichtlich der Berücksichtigung des Kriteriums „Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit“ bei der Beurteilung des wirtschaftlichsten Angebotes nicht entsprochen werden. Im Gegenteil ist es der Antragsgegnerin zu untersagen, dieses Kriterium im Stadium der Auftragserteilung in die Wertung einfließen zu lassen.

Bezüglich des Zuschlagskriteriums „Qualität“ ist aus den vorliegenden Unterlagen nach Ansicht der Kammer dagegen nicht ersichtlich, wie bzw. ob dieses Kriterium bei der Beurteilung des wirtschaftlichsten Angebotes von der Antragsgegnerin berücksichtigt worden ist. Nach entsprechenden Rückfragen in der mündlichen Verhandlung wurde von den Vertretern der Antragsgegnerin erklärt, dass es bei den Angeboten der Antragstellerin sowie der Beigeladenen keine Unterschiede in qualitativer Hinsicht gegeben habe. Grundsätzlich stelle das Kriterium „Qualität“ im vorliegenden Fall nur einen „Mindeststandard“ sicher. Die zur Beurteilung des Kriteriums „Qualität“ von den Bietern vorgesehene Nachweise (Ziffer III. Nr. 3 m, n der Leistungsbeschreibung) seien auch nicht geeignet, ein mehr an „Qualität“ in die Angebotswertung einfließen zu lassen. Dies sei von der Antragsgegnerin auch so nicht vorgesehen gewesen.

Anhand der oben gemachten Ausführungen ist die Kammer der Ansicht, dass im vorliegenden Fall bei der Beurteilung des wirtschaftlichsten Angebotes nur noch auf das Kriterium des Preises abgestellt werden kann.

*Sofern bei der Vergabe nach dem **annehmbaren Angebot** (§ 25 Nr. 3 III 2 VOB/A) mehrere Angebote unter technisch, gestalterisch und funktionsbedingten Gesichtspunkten **gleichwertig sind**, kommt den **Angebotspreisen die ausschlaggebende Bedeutung** zu. Unbeschadet der Regelung des § 25 Nr. 3 III 3 VOB/A, wonach der niedrigste Angebotspreis allein nicht entscheidend ist, muss in diesen Fällen das **Angebot mit dem niedrigsten Preis** zugeschlagen werden (BGH, Urteil v. 26.10.99, X ZR 30/98).*

Dies führt dazu, dass die Vergabe der streitgegenständlichen Lose nur an das preislich günstigste Angebot erfolgen kann. Die von der Antragstellerin aufgeführten weiteren Kriterien (Transportfolgekosten, Umweltbelange, Örtlichkeit, etc.) könnten nur dann in die Angebotswertung einfließen, wenn sie vorab als Zuschlagskriterien bekannt gemacht worden wären. Der Antragsgegnerin ist es im Gegenteil verwehrt, nach Abgabe der Angebote im Vergabeverfahren noch weitere, nicht bekannt gemachte Zuschlagskriterien in die Wertung einfließen zu lassen, da die Bieter dadurch ihrer Willkür ausgeliefert wären.

Da sich aus den vorliegenden Unterlagen ergibt, dass die Beigeladene für die Lose 2 und 3 unter Berücksichtigung der diesbezüglichen Nebenangebote das preislich günstigste Angebot abgegeben hat und dies von der Antragstellerin auch weder in ihren Schriftsätzen noch in der mündlichen Verhandlung in Abrede gestellt wurde (die Antragstellerin geht hierbei sogar von einem Unterangebot aus), ist die Antragsgegnerin verpflichtet, den Zuschlag für die streitgegenständliche Leistung an die Beigeladene zu erteilen. Dies kann aber nur für den Fall gelten, dass die Antragsgegnerin das streitgegenständliche Vergabeverfahren auch durch die Erteilung des Zuschlages beendet.

Inwieweit das Schreiben der Antragsgegnerin vom 18.03.2002 den inhaltlichen Anforderungen des § 13 VgV entspricht, kann hier dahinstehen, da die Antragstellerin diesbezüglich im vorliegenden Fall keinen Schaden geltend machen kann und somit nicht antragsbefugt ist. Gleich verhält es sich mit der nach Ansicht der Antragstellerin nicht ausreichenden Dokumentation der Vergabeentscheidung durch die Vergabestelle. Die Antragstellerin hat nicht vorgetragen, warum sich durch den vermeintlichen Verstoß gegen das Transparenzgebot die Chancen auf die Erteilung des Zuschlages für sie zumindest verringert haben.

Der Antrag der Antragstellerin war somit zurückzuweisen.

4. Kosten des Verfahrens

4.1

Die Kosten des Verfahrens vor der Vergabekammer Südbayern hat gemäß § 128 Abs. 3 Satz 1 GWB derjenige zu tragen, der im Verfahren vor der Vergabekammer unterlegen ist.

Da die Antragsgegnerin durch die unzulässige Angabe von Zuschlagskriterien in den Verdingungsunterlagen die Stellung des Nachprüfungsantrages mitverschuldet hat, die Beigeladene mit ihren Anträgen zwar erfolgreich war, sich aber bezüglich ihrer Antragsbegründung auf die Seite der Antragsgegnerin gestellt hat und die Anträge der Antragstellerin als unbegründet zurückgewiesen werden, haben die Beteiligten die Kosten des Verfahrens zu den genannten Teilen zu tragen. Diese Kostenteilung entspricht nach Ansicht der Kammer dem jeweiligen Obsiegen bzw. Unterliegen der Beteiligten.

4.2

Die Gebührenfestsetzung beruht auf § 128 Abs. 2 GWB.

In § 128 Abs. 2 Satz 2 GWB wird ein Gebührenrahmen zwischen 2.500 € und 25.000 € bestimmt, der aus Gründen der Billigkeit auf ein Zehntel der Gebühr ermäßigt werden kann und im Einzelfall auf 50.000 € erhöht werden kann. Die Vergabekammer erkennt weder Gründe für eine Ermäßigung, noch für eine Erhöhung.

In § 128 Absatz 2 Satz 1 GWB wird bestimmt, dass sich die Höhe der Gebühr nach dem personellen und sachlichen Aufwand der Vergabekammer unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Bedeutung des Gegenstands des Nachprüfungsverfahrens richtet. Bei der Beurteilung der „wirtschaftlichen Bedeutung des Gegenstandes des Nachprüfungsverfahrens“ orientiert sich die Vergabekammer am Angebot der Antragstellerin für die streitgegenständlichen Lose. Demnach ist die Mindestgebühr in Höhe von 2.500 € festzusetzen.

4.3

Die Entscheidung über die Notwendigkeit der Zuziehung eines Rechtsanwalts durch die Antragstellerin beruht auf § 128 Abs. 4 Satz 3 GWB i.V.m. Art. 80 Abs. 3 Satz 2 und Abs. 2 Satz 3 BayVwVfG. Die anwaltliche Vertretung der Antragstellerin war erforderlich, da eine umfassende Rechtskenntnis und damit eine zweckentsprechende Rechtsverfolgung im Rahmen des Nachprüfungsverfahrens nach GWB von ihr nicht erwartet werden kann. Von einem verständigen Bieter können Kenntnisse der VOL/A nur insoweit erwartet werden, wie er sie z.B. zur Abgabe eines VOL- konformen Angebotes und eventuell auch zur Rüge von Verfahrensmängeln bei der Vergabestelle benötigt. Detaillierteres Wissen zum Vergaberecht, insbesondere auch über das Nachprüfungsverfahren nach §§ 102 ff GWB, können nicht vorausgesetzt werden. Zur Durchsetzung ihrer Rechte ist die Antragstellerin aufgrund der komplexen Rechtsmaterie auf anwaltliche Vertretung angewiesen.

4.4

Die Erstattung der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen der Beigeladenen erfolgt nach billigem Ermessen. Die Beigeladene hat durch ihre Schriftsätze, in denen sie sich auf die Seite der Antragsgegnerin gestellt hat, das Verfahren wesentlich gefördert und ist mit ihrem Antrag auf Zurückweisung des Antrags der Antragstellerin erfolgreich gewesen. Deshalb entspricht es der Billigkeit, der unterliegenden Antragstellerin als auch anteilmäßig der Antragsgegnerin die Auslagen der Beigeladenen entsprechend der Kostenteilung aufzuerlegen (§ 162 Abs. 3 in entsprechender Anwendung; vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 20. Juli 2000, Verg. 2/99; 2. Vergabekammer des Bundes, Beschluss vom 14. August 2000, VK 2 - 18/00, BayObLG, Beschluss vom 08.03.2002, Verg 5/00).

Die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten durch die Beigeladene war angesichts der sachlichen und rechtlichen Schwierigkeiten des Falles notwendig (§ 128 Abs. 4 Satz 3 GWB in Verbindung mit § 80 Abs. 2 VwVfG).

4.5

Dagegen war die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten auf Seiten der Antragsgegnerin im vorliegenden Fall nicht notwendig. Die Problematik dieses Nachprüfungsverfahrens hat sich im wesentlichen auf Fragestellung des Vergaberechts (Eignung, Wertung der Angebote bzw. Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebotes anhand von Zuschlagskriterien) und nicht des Vergabenachprüfungsrechts konzentriert. Dabei geht es um eine auftragsbezogene Sach- und Rechtsfrage, deren Lösung der Auftraggeber durch das Vorhandensein der erforderlichen Sachkunde und Rechtskenntnis ohnehin organisieren muss und dies auch durch die Einschaltung eines externen

Büros getan hat (vgl. dazu OLG Düsseldorf, Beschluss vom 20. Juli 2000, Verg. 1/00). Ein über das Normalmaß hinausgehender enger Zeitrahmen bestand im Übrigen nicht.

4.6

Vom Antragsteller wurde bei Einleitung des Verfahrens ein Kostenvorschuss in Höhe von 2.500,00 € erhoben. Dieser Kostenvorschuss wird mit dem festgesetzten Gebührenanteil verrechnet.

4.7

Die persönliche Gebührenbefreiung der Antragsgegnerin ergibt sich aus § 128 Abs. 1 Satz 2 GWB i.V.m. § 8 Abs. 1 Nr. 3 VwKostG.

Rechtsbehelfsbelehrung

.....

Hinweis

Der Auftraggeber darf vor Ablauf der Beschwerdefrist den Zuschlag **nicht** erteilen. Die Beschwerdefrist erstreckt sich über einen Zeitraum von zwei Wochen. Sie beginnt mit Zustellung des Beschlusses der Vergabekammer (vgl. § 115 Abs. 1 i.V.m. § 117 Abs. 1 GWB).

München, 06.05.2002

Nikui, RD
Vorsitzender